



Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 11 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549450
FAX: 935549550
EMAIL: instancia50.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120178046286

Procedimiento ordinario (Contratación - 249.1.5) 651/2017 -1

Materia: Condiciones grales. incluidas contratos financiamiento con garantías reales inmov. Persona física

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona

Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante:

Procurador/a: Monica Lopez Manso
Abogado/a: Maria Bernal Sanchez

Parte demandada/ejecutada: BBVA - Oficina
Cerdanyola

Procurador/a: Ana Maravillas Campos
Perez-Manglano
Abogado/a: Salvador Samuel Tronchoni Ramos

SENTENCIA Nº 205/2017

Barcelona, a dieciocho de octubre de dos mil diecisiete.

Vistos por mí, D^a Jennifer Rocío Álamo, Juez en funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia nº 50 bis de Barcelona, los autos del presente Juicio Ordinario número 651/2017, procedo a dictar la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales D^a Mónica López Manso, se presentó demanda de juicio ordinario en nombre y representación de D^a [redacted] frente a BBVA, S.A.; en su escrito inicial, tras alegar los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitaba que se dictara sentencia por la que *“se DECLARE la NULIDAD DE LA CLÁUSULA RELATIVA A LOS GASTOS, contenida en el pacto quinto de la escritura con todos los efectos legales inherentes”*.

SEGUNDO.- Por decreto de tres de julio de dos mil diecisiete se admitió a trámite la demanda, dándose traslado de la misma a la parte demandada para su contestación, la cual tuvo lugar, en tiempo y forma por escrito, en la que solicitaba que *“se desestime íntegramente las pretensiones deducidas de contrario, con expresa condena en costas a la parte actora”*.





TERCERO.- El acto de la audiencia previa tuvo lugar el 10 de octubre de 2017. En el día y hora señalados comparecieron la actora y la demandada, quienes, después de manifestar la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba.

Recibido el pleito a prueba, tanto por la parte actora como por la parte demandada propusieron la prueba documental. Además, la parte demandada propuso la testifical de D. Alfredo Enrique Parra González, que fue inadmitida al hallarnos ante una cuestión jurídica en la que no existen hechos controvertidos. Las pruebas que fueron declaradas pertinentes quedaron circunscritas al ámbito de la documental admitida, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los autos quedaron conclusos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Acciones ejercitadas.

La parte actora ejercita acción de nulidad de la cláusula quinta relativa a "*Gastos a cargo del acreditado*" con fundamento en la Ley de condiciones generales de la contratación y texto refundido de la ley de consumidores y usuarios, y acción de devolución de cantidades ligada a la anterior.

Por su parte, el demandado se opone a lo alegado por la parte actora. Sostiene que sí hubo negociación previa, y que sí se pactaron todas las condiciones del préstamo, por lo que la parte actora fue consciente de la carga jurídica y económica que la misma implicaba.

SEGUNDO.- Cuestiones procesales.

Antes de continuar hay que advertir que se plantea por la parte demandada una cuestión previa relativa a la falta de legitimación activa entendiendo que no cabe el ejercicio de la acción solamente por D^a [REDACTED] ya que tal y como consta en la escritura existen dos prestatarios, concretamente, [REDACTED]. Sin embargo esta alegación no puede ser acogida, debido a que el contrato de préstamo ha sido firmado por dos personas, que son propietarias de la vivienda objeto del mismo, rigiendo, por tanto, la comunidad de bienes, por lo que en base al art. 392 y siguientes CC, es válido todo acto beneficioso para la comunidad realizado por uno de los comuneros, sin perjuicio de las acciones que éstos puedan ejercitar entre sí. No puede ser opuesto, por tanto, como un defecto formal algo que no afecta a los intereses de la entidad





demandada, siendo un tema exclusivo entre los propietarios de la vivienda hipotecada y suscriptores del préstamo, objeto del procedimiento, por lo que se desestima dicha cuestión previa.

En segundo lugar, con carácter previo, procede examinar si concurre la excepción de cosa juzgada alegada por la entidad demandada, pues considera que existe cosa juzgada respecto de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, por lo que la pretensión de la actora relativa a esta cuestión debe ser íntegramente desestimada, sin entrar en el fondo del asunto. En esta línea, entiende que la STS 23/12/2015 declaró nula, entre otras, la denominada cláusula de gastos incorporada por BBVA en sus préstamos hipotecarios hasta el año 2009. Por tanto, al ser idéntica a la contenida en el préstamo hipotecario objeto de autos, considera que existe identidad de objeto, de partes y de causa de pedir.

No obstante, no cabe la extensión de los efectos de cosa juzgada cuando el carácter abusivo se fundamenta en la insuficiencia de información suministrada. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que las acciones individuales y colectivas tienen objetos y efectos jurídicos diferentes, y la articulación de esas diferentes acciones no puede conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal y como está prevista en la Directiva 93/13.

En este sentido, la STJUE de 14.04.2016 (asuntos C-381/2014 y C-385/2014), en su apartado 30, señaló que las acciones colectivas y las individuales tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de unas y otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores tal como está previsto en la Directiva.

Por otro lado, la STS 123/2017, de 24 de febrero, Sala 1ª, señala que para la apreciación de cosa juzgada entre acciones individuales y colectivas no existe identidad objetiva ya que tienen objetos diferentes, y las SSTC 148/2016, de 19 de septiembre y 206, 207 y 208/2016, de 12 de diciembre señalan que la acción de cesación se configura como instrumento abstracto de control de cláusulas ilícitas. No es un juicio concreto ni hay identidad. Ahora bien, ello no es óbice para que el Juzgado *a quo*, al dictar sentencia sobre el fondo, deba tener en cuenta los pronunciamientos de fondo del Tribunal Supremo en torno a la validez o nulidad de las cláusulas.

Es decir, no procede la estimación de la excepción procesal de cosa juzgada al no concurrir la identidad objetiva necesaria, sin perjuicio del que el Juzgado pueda tener en cuenta los argumentos de fondo esgrimidos en la sentencia que se pronunció sobre la acción colectiva.

Sentado lo anterior, en el presente caso procede desestimar tal excepción planteada por los motivos expuestos anteriormente.





En tercer lugar, con carácter previo, procede examinar si se puede entrar a analizar las cláusulas de un préstamo hipotecario que se encuentra cancelado. En este sentido, la demandada aduce en su escrito de contestación que se pretende la nulidad de unas cláusulas que son inexistentes al tiempo de presentar la demanda. Efectivamente, el préstamo hipotecario suscrito se haya cancelado.

En consecuencia, ha de resolverse si cabe llevar a cabo un control de validez de una condición general de la contratación incluida en un contrato de préstamo que a la fecha de interposición de la demanda estaba cancelado, lo que se acredita con la documental que ha sido aportada al procedimiento y ambas partes lo han reconocido en sus respectivos escritos de demanda y contestación. A mayor abundamiento, se aporta como documento número 2 de la demanda, la carta de pago y cancelación de crédito total.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que se ejercita una acción de nulidad con base en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) la cual es de naturaleza imprescriptible conforme al artículo 19.4 de la misma (*“La acción declarativa es imprescriptible”*).

En segundo lugar, conviene aclarar que si bien la LCGC remite al Código Civil para la determinación de los efectos de la nulidad (artículos 9 y 10) la acción declarativa de nulidad no estaría sometida al plazo de cuatro años de prescripción del artículo 1.303 del CC, ya que la acción no se basa en vicios del consentimiento sino en la referida abusividad y la que daría lugar a una nulidad plena.

Ello no obstante, teniendo en cuenta que BBVA presenta la cuestión como un problema de imposibilidad de pronunciamiento sobre un contrato extinguido, resulta interesante aclarar que no lo es, utilizando como argumento que la consumación del contrato es, precisamente, el momento a partir del cual comenzaría a correr el citado plazo de cuatro años si fuera aplicable (*Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015*). La consumación, diferente de la perfección, se produciría en el momento de cumplimiento de todas las prestaciones del contrato, lo que generaría su extinción. De ahí que la cancelación del préstamo por su completo pago no sea óbice para el pronunciamiento sobre la validez de la discutida cláusula.

En segundo lugar, con referencia a la posible caducidad de la acción, el demandado sostiene que está caducada la misma por haber transcurrido más de 4 años desde que ambos préstamos fueron cancelados.

No obstante, hay que tener en cuenta que la acción que ejercita la parte actora es la de declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas de un contrato celebrado entre una entidad bancaria y dos consumidores (en el presente caso, se ejercita la acción por [REDACTED]). A estos efectos, tanto el artículo 83 LGDCYU como el artículo 8.2 LCGC establecen categóricamente que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho (nulidad absoluta) descartando por ello la aplicación del plazo de





prescripción o caducidad previsto en el artículo 1.301 CC, el cual se aplica únicamente a los supuestos de nulidad relativa o anulabilidad -tal y como ha establecido reiteradamente la Jurisprudencia, por ejemplo en SSTS de 18 de marzo de 2.008, 18 de octubre de 2.005 o 5 de junio de 2.000, entre otras-.

De este modo, siendo tales cláusulas nulas de pleno derecho, no habrán producido efecto alguno *-quod nullum est, nullum producit effectum-*, debiendo reponer al demandante en la situación de hecho y de Derecho en la que se encontrase de no haber existido nunca tal cláusula, siendo la acción ejercitada imprescriptible -tal y como establece el art. 19.4 de la LCGC-, por cuanto que el paso del tiempo no puede subsanar los actos nulos de origen: *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*.

Todo ello debe ponerse en relación con el artículo 122-5.1.del libro primero del Código Civil de Cataluña, el cual afirma que: *“El plazo de caducidad se inicia cuando, nacida y ejercible la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse”*.

En consecuencia, el plazo de caducidad respecto a la acción para reclamar los intereses abonados por la cláusula suelo comienza cuando los titulares de la acción de restitución pueden conocer las consecuencias derivadas de dicha declaración de nulidad, que es a través de la sentencia una vez gane firmeza.

Sentado lo anterior, en el presente caso procede desestimar tales excepciones planteadas por los motivos expuestos anteriormente.

TERCERO.- De los gastos e impuestos a cargo del prestatario

TERCERO.1 Del marco legislativo aplicable

Esta acción persigue la nulidad por abusividad de la cláusula que regula el pago de los gastos e impuestos derivados de la operación de financiación.

La Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) establece en su artículo 1 que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de su autoría, su apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

La referida ley es de aplicación a los contratos que contengan dichas condiciones generales y se hayan celebrado entre un profesional o predisponente y una persona física o jurídica o adherente -artículo 2-, sujetos a la legislación española -artículo 3, aunque existen excepciones- y no excluidos por el artículo 4.

Por otra parte, en su artículo 5 se exige que hayan sido incorporadas y





aceptadas por el adherente y que su redacción sea clara, concreta, sencilla y transparente, refiriéndose el artículo 5 de la Directiva 1993/13/CEE a la exigencia de claridad y comprensibilidad.

Además, en el artículo 8 de la LCGC dispone que serán nulas las condiciones generales de la contratación abusivas incorporadas a contratos con consumidores, entendiéndose por abusivas las definidas en el artículo 10 bis y en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984.

Por el Real Decreto Legislativo 1/2007 se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCYU) en cuyo artículo 80-1-c) prohíbe que, en los contratos con consumidores y usuarios en los que existan cláusulas no negociadas individualmente, se inserten cláusulas abusivas y, en particular, establece que las cláusulas no negociadas individualmente deberán cumplir los requisitos de: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual; b) entrega del documento o copia acreditativo de la contratación; c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que excluye la utilización de cláusulas abusivas.

El artículo 82 de la LGDCYU, y el artículo 3 de la Directiva 1993/13, define las cláusulas abusivas como aquellas estipulaciones no negociadas individualmente -la carga de la prueba de la negociación es del empresario- que en contra de las exigencias de la buena fe causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Dicho carácter abusivo deberá apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como las demás cláusulas del contrato o de otro del que dependa -en el mismo sentido se pronuncia el artículo el 4 de la Directiva 1993/13-.

No obstante, considera que son abusivas las cláusulas referidas en las categorías de los actuales artículos 85 a 90, en concreto, las que: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) priven de los derechos básicos del consumidor; c) determinen falta de reciprocidad en el contrato; d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Finalmente, la Directiva 1993/13 contempla en su anexo un listado indicativo de cláusulas abusivas.

TERCERO.2 De la condición de consumidor.

Tanto la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios como la LCGC desarrollaron, por un lado, el art. 51 de





la Constitución Española (en adelante, CE), que exige a los poderes públicos que garanticen la defensa de los consumidores y usuarios y, por otro, las diversas directivas comunitarias que pretenden idéntica finalidad, entre ellas, tiene especial relevancia la Directiva 1993/13/CEE.

Con posterioridad, por medio del Real Decreto Legislativo 1/2007 se aprobó el vigente texto refundido de la LGDCYU.

La Directiva 1993/13/CEE establece en su artículo 2 b) que tendrá la consideración de consumidor toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, concepto que se ve ampliado por el artículo 3 LGDCYU al incluir a las personas jurídicas que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, ampliación que tiene su amparo en el artículo 8 de la citada Directiva que permite que las disposiciones nacionales mejoren la protección de los consumidores europeos.

En el caso de autos, el contrato de préstamo es celebrado entre una entidad de crédito que se dedica profesionalmente a la concesión de préstamos como el que nos ocupa y la demandante, mediante escritura de fecha 04 de julio de 2003. En garantía de la devolución del préstamo concedido a la demandante un préstamo con garantía hipotecaria, que en la actualidad se encuentra cancelada, según escritura otorgada ante el Ilustre Notario Raúl Jesús Cillero Raposo, en fecha de 1 de marzo de 2004 bajo el número 693 de su protocolo. Teniendo la demandante la consideración de consumidora, cuestión que no ha resultado controvertida en el proceso.

TERCERO.3 De la naturaleza y carácter de la cláusula de gastos e impuestos

Como hemos visto, la abusividad y su efecto de nulidad vienen referidos a cláusulas que tengan la naturaleza de condiciones generales de la contratación o que no hayan sido negociadas individualmente, correspondiendo la carga de la prueba de la negociación al empresario, tal y como se dispone en el artículo 82.2 2§ LGDCYU.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos con una condición general de la contratación, cuyas notas definitorias son su contractualidad, predisposición, imposición y generalidad.

TERCERO.4 De la abusividad de la cláusula de gastos e impuestos.

En el presente caso, la controvertida cláusula establece que:

“QUINTO.- GASTOS A CARGO DEL ACREDITADO.

Serán de exclusivo cargo del ACREDITADO el pago de todos los impuestos y gastos de la cuenta de crédito y de esta escritura, incluso la primera copia para la Entidad acreedora, así como los de su gestión ante la Oficina Liquidadora del Impuesto e inscripción en el Registro de la Propiedad, y cancelación en su día, incluso los correspondientes a las escrituras previas a la presente, quedando autorizada la acreedora para determinar el profesional que





deba realizar tales trámites; y los de cualquier modificación posterior del crédito, en su titularidad o garantías; y los judiciales y extrajudiciales para exigir el pago y cumplimiento de lo pactado, ya sean reclamaciones directas, ya incidentales, tercerías, reconvenciones u otros procedimientos, incluso honorarios de Notario, Letrado y Procurador, si el acreedor los utilizara aun cuando no fueran legalmente necesarios.

Serán asimismo de cargo del ACREDITADO los gastos de obtención de certificados de valoración de la finca garante, que la CAJA podrá solicitar cada tres años a partir de la formalización del presente contrato.

También son a cargo del acreditado las primas del seguro contra incendios de la finca garante, que deberá estar asegurada por cantidad no inferior a su valor pericial, en las condiciones establecidas en el artículo 8 de la Ley 2/81 de 25 de marzo y artículo 30 del R.D. 685/82 de 17 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario.

La entidad acreedora podrá satisfacer directamente las contribuciones y demás impuestos, como así mismo, los que se originen como consecuencia de las liquidaciones complementarias de la presente y de documentos anteriores o posteriores y los arbitrios y las primas de seguro, que graven la finca hipotecada, en cuyo caso tendrá acción ejecutiva para reclamar su importe del Acreditado o del tercer poseedor, pudiendo en todo momento exigirle la exhibición de los documentos justificativos de hallarse al corriente de los aludidos pagos”.

Estos gastos o costes fueron pagados por los prestatarios, como se acredita con los siguientes documentos aportados junto con la demanda:

- Factura de Tecnotramit, S.L.; gastos de cancelación de hipoteca (NOTARIO) por importe que asciende a 296,03 euros, gastos de cancelación de hipoteca (REGISTRO) por importe que asciende a 141,15 euros (documento número 4) y honorarios cancelación de hipoteca 193,28 euros. (Documento número 3).
- Factura de la Notaria Teodoro López- Cuesta Fernández, Notario NIF: 10.556.908- T, relativos a derechos de matriz, exceso de folios, copias autorizada, copias simples, legitimaciones, salida y suplidos, por importe que asciende a 545,46 euros (documento número 7).

Seguidamente, procede examinar cada uno de los gastos e impuestos cuya obligación de pago se establece a cargo del prestatario.

TERCERO.4.1 Del impuesto de Actos Jurídicos documentados

Como ya expusimos, el artículo 89.3 c) LGDCYU establece que será abusiva la cláusula que imponga al consumidor el pago de tributos cuyo sujeto pasivo sea el empresario.

Por lo tanto, en el caso que nos ocupa deberemos examinar, a la vista de la normativa reguladora del impuesto, quién es el sujeto pasivo del mismo, pues en el caso de que fuera el prestamista empresario, dicha cláusula tendría que ser declarada abusiva.





El impuesto objeto del presente procedimiento se encuentra regulado en el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, así como en el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

En concreto, el artículo 29 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados regula que el sujeto pasivo, como criterio principal, es el adquirente del bien o derecho, y en su defecto, establece dos reglas subsidiarias alternativas: las personas que solicitan los documentos notariales o aquellos en cuyo interés se expiden. Este precepto se complementa con el artículo 68 del Reglamento, al determinar también como criterio principal, que el sujeto pasivo es el adquirente del bien o derecho, y que cuando se trata de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considera adquirente al prestatario.

En el mismo sentido, el artículo 8 el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que: *“estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: a) en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (...) c) en la constitución de derechos reales, aquél a cuyo favor se realice este acto (...) d) en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario”*. No obstante, dicho precepto es matizado en el artículo 15.1 del mismo texto normativo, que señala que: *“la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo”*.

Por tanto, cuando el mencionado artículo 29 señala que el sujeto pasivo es el adquirente del bien o derecho, el derecho al que se refiere el precepto es el préstamo, y por ende, el adquirente del préstamo es el prestatario.

De esta unánime línea argumental pueden citarse las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2001 (recurso de casación núm. 2196/1996 [RJ 2002/848]), de 23 de noviembre de 2001 (recurso de casación núm. 2533/1996 [RJ 2002/638]), 24 de junio de 2002 (recurso de casación núm. 3170/1997 [RJ 2002/8214]), [14 de mayo \(recurso de casación núm. 4075/1999 \[RJ 2004/4924\]\)](#) y 27 de marzo de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1839/2001 [RJ 2006/5262]), las cuales argumentan que el “derecho” a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de esta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía, y que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario.

Del mismo modo, la Sentencia de 31 de octubre de 2006 (recurso núm. 4593/2001 [RJ 2006/7837]) asume dicha doctrina y sostiene que la unidad del





hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.d en relación con el 15.1 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Asimismo, cabe hacer mención a la Resolución de 24 de mayo de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Medio Cudeyo-Solares, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario por razón de existir cláusulas abusivas. En la misma se analiza minuciosamente la normativa y la jurisprudencia aplicable, y se concluye que el obligado al pago del impuesto es el prestatario.

A mayor abundamiento, la constitucionalidad de dicho precepto ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en los autos 24/2005, de 18 de enero, y 223/2005, de 24 de mayo, cuando resolvió respecto de la posibilidad de que el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993 puesto en relación con los artículos 8.d y 15.1 del mismo texto pudieran ser contrarios a los artículos 14, 31.1 y 47 de la Constitución Española. Pues bien, el Pleno del Tribunal Constitucional concluye que no se vulnera el derecho a la igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas ni el principio de capacidad económica previsto en el art. 31.1 de la Constitución porque la regulación aplicable atribuye la condición de sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamos con garantía al prestatario, y no al prestamista. Argumenta que capacidad de endeudarse es una manifestación de riqueza potencial y, por tanto, de capacidad económica susceptible de gravamen, pues sólo quien tiene capacidad de pago, esto es, quien tiene aptitud para generar riqueza con la que hacer frente a la amortización de un préstamo o de una deuda, puede convertirse en titular del mismo.

En virtud de todo lo expuesto, procede la desestimación de la pretensión del actor relativa la declaración de nulidad por abusiva de parte de la cláusula impugnada, en virtud de la cual se imponía al consumidor-prestatario el abono de los impuestos que gravasen el préstamo hipotecario, pues según las normas imperativas aplicables, el sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados es el prestatario, y ello no vulnera el artículo 89.3 c) LGDCYU porque no se impone al consumidor el pago de tributos cuyo sujeto pasivo sea el empresario.

TERCERO.4.2 Del arancel notarial

Se plantea también por la parte actora, la posible nulidad por abusiva de la cláusula del contrato de préstamo hipotecario en virtud del cual se establece que serán de cargo del prestatario los aranceles notariales y registrales que se originen en virtud de la formalización, rectificación, cumplimiento, ejecución y extinción del préstamo, incluyendo la primera copia de la escritura debidamente liquidada e inscrita.

En primer lugar, se debe partir del artículo 89.3.a TRLGDCU, el cual califica como cláusulas abusivas: *“La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En*





particular, en la compraventa de viviendas: a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)".

Por lo tanto, seguidamente debemos examinar si a la vista de la normativa reguladora de los aranceles notariales, dicha cláusula tendría que ser declarada abusiva.

En este sentido, la persona obligada al pago de los gastos notariales viene determinada por la Norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios. Dice textualmente que: *"La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente"*.

Aplicando tal normativa al caso concreto, la formalización de la escritura de compraventa se solicita e insta por las partes contratantes en la misma, quienes presentan ante el Notario los títulos correspondientes, advirtiendo que para el pago del precio se otorgará un préstamo hipotecario que gravará la finca adquirida.

Respecto al segundo criterio relativo a cuáles son los interesados en los servicios prestados por el Notario, como se expondrá a continuación, entiendo que lo son tanto la entidad prestamista como el propio prestatario.

En este punto, se debe hacer especial mención de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 705/2015, de veintitrés de diciembre (recurso núm. 2658/2013) la cual declara la nulidad por abusiva de una cláusula que atribuye al consumidor el abono de la totalidad de los gastos, tanto de Notario como de Registrador. No obstante, deja abierta la puerta a una eventual exclusión del carácter abusivo de una cláusula que permita una distribución "equitativa" siempre que exista una mínima reciprocidad y equilibrio entre las obligaciones de las partes, entendiendo que, si bien la entidad bancaria ostenta el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria ["el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517.2.4º LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC)] el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como principal frente a la constitución de la hipoteca.

En el presente caso, teniendo en cuenta que la cláusula impugnada impone, de manera total e indiscriminada el abono de tales gastos al consumidor, *"los de cualquier modificación posterior del crédito, en su titularidad o garantías; y los judiciales y extrajudiciales para exigir el pago y cumplimiento de lo pactado, ya sean reclamaciones directas, ya incidentales, tercerías, reconveniones u otros procedimientos, incluso honorarios de Notario, Letrado y*





Procurador, si el acreedor los utilizara aun cuando no fueran legalmente necesarios”, con independencia de quién lo solicite o la causa en virtud de la cual se lleven a cabo, se ha de declarar su carácter abusivo, no solo por cuanto impone al prestatario gastos de documentación que por su naturaleza debieran corresponder en parte al empresario, sino porque además genera, en detrimento del consumidor, un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones que cada una de las partes ostenta en el contrato, vulnerando lo previsto en el artículo 89.3.a TRLGDCU.

En consecuencia, atendiendo a todo lo expuesto, se estima que la solución más equitativa es atribuir al consumidor el pago del 50% de los gastos notariales, y que la entidad bancaria abone el restante 50%.

TERCERO.4.3 Del arancel registral

En línea con lo anteriormente expuesto, también se solicita por la parte actora la posible nulidad por abusiva de la cláusula del contrato de préstamo hipotecario en virtud del cual se establece que serán de cargo del prestatario los aranceles (...) registrales que se originen en virtud de la formalización, rectificación, cumplimiento, ejecución y extinción del préstamo, incluyendo la primera copia de la escritura debidamente liquidada e inscrita.

En este caso, del mismo modo que en el arancel notarial, se debe partir del artículo 89.3.a TRLGDCU, el cual califica como cláusulas abusivas: *“La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas: a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario”.*

En cuanto a la normativa aplicable, la persona obligada resulta de la norma octava del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, donde se señala que los derechos del registrador deben pagarse por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho.

Así, la hipoteca inscrita es una garantía que el comprador ofrece al Banco para conseguir la deseada financiación, pues la inscripción de la hipoteca sería imposible si no es el dueño el que intenta procurarla mediante su consentimiento; además, el Banco difícilmente va a prestar el capital solicitado si no puede cerciorarse de la inscripción de la garantía a su favor mediante la gestión de todo el proceso de inscripción de compraventa e hipoteca.

Concretamente, en el caso del arancel registral, también la aplicación de la normativa reglamentaria permite una distribución equitativa, y en este caso la estipulación ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante. Dicha cláusula es abusiva en la medida que hace cargar al consumidor con todos los gastos derivados de la preparación de la titulación, también los que son a cuenta del Banco porque este tiene el mismo interés en inscribir el derecho.





Por ello, se estima equilibrado repartir los gastos registrales que se reclaman por mitad entre ambos otorgantes.

TERCERO.5 De las consecuencias de la nulidad por abusividad.

En cuanto a las consecuencias de la nulidad por abusividad, el artículo 83 LGDCYU (tras la reforma operada por la Ley 3/2014) establece que: *“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”.*

En el caso que nos ocupa, la nulidad de la cláusula no impide la subsistencia del contrato, quedando afectada por la nulidad únicamente la cláusula impugnada que queda sin efecto en lo que se refiere a los gastos notariales y registrales.

Así, declarada la nulidad del pacto contractual sobre los referidos gastos, queda por determinar quién es el obligado legalmente.

Según ya expusimos en los fundamentos anteriores, la obligación de pago de los referidos gastos no se impone legalmente a una de las partes del contrato. Por tanto, serán todas ellas las obligadas a su pago por mitad.

En el presente caso, habiéndose abonado su totalidad por la actora en virtud del pacto contractual declarado nulo, debe restituirse el exceso de lo abonado y, en consecuencia, condenar a la entidad bancaria al pago del 50% de la totalidad de los gastos notariales y registrales, tanto de la constitución como de la cancelación del préstamo hipotecario.

No obstante, en el presente caso, la demandante sólo ha procedido a aportar las siguientes facturas:

- Factura de Tecnotramit, S.L.; gastos de cancelación de hipoteca (NOTARIO) por importe que asciende a 296,03 euros, gastos de cancelación de hipoteca (REGISTRO) por importe que asciende a 141,15 euros (documento número 4) y honorarios cancelación de hipoteca 193,28 euros más IVA: TOTAL DE LA FACTURA 661.38 EUROS (Documento número 3).
- Factura de la Notaria Teodoro López- Cuesta Fernández, Notario NIF: 10.556.908- T, nº PROTOLO 2.149, relativos a derechos de matriz, exceso de folios, copias autorizada, copias simples, legitimaciones, salida y suplidos, por importe que asciende a 545,46 euros (documento número 7).

Concretamente, el Banco demandado deberá devolver a los consumidores el 50% de los gastos de notaría, tanto de la constitución como de la cancelación del préstamo hipotecario y el 50% de los gastos del Registro de la





Propiedad tanto de la constitución como de la cancelación del préstamo hipotecario, estos son, 1.206,84 euros, cuyo pago ha quedado acreditado mediante la presentación de las facturas como documento 3 y 7.

Por tanto, deberá abonar a los actores la suma de 603,42 euros.

No procede la devolución del resto de cantidades reclamadas por haber sido desestimada la declaración de nulidad de los apartados de la cláusula en virtud de los cuales los actores abonaron tales importes.

CUARTO.- Intereses

Las cantidades que son objeto de condena en la presente sentencia, se incrementarán con los intereses legales devengados por cada una de ellas, desde el momento en el que se efectuó su pago por el consumidor (ex art. 1.303 del CC).

Dichas cantidades devengarán los intereses de mora procesal del artículo 576 de la LEC (interés legal más dos puntos porcentuales) desde el dictado de la presente sentencia.

QUINTO.- Costas

No obstante, ante la declaración de nulidad de parte de los apartados impugnados, así como la condena a abonar parte de la cantidad total reclamada, nos hallamos ante un supuesto de estimación parcial. En este sentido, regula el artículo 394.2 LEC que: *“Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad”*.

No apreciándose temeridad en el comportamiento procesal de ninguna de las partes, procede aplicar lo dispuesto en el segundo apartado del citado precepto.

FALLO

Que ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a Mónica López Manso, en nombre y representación de D^a Luisa del [REDACTED] frente a BBVA, S.A., y en consecuencia:

- 1) Declaro la nulidad por abusivos de los apartados de gastos de notaría y de honorarios del Registro de la Propiedad de la cláusula quinta del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes en fecha 04 de julio de 2003 (número de protocolo 2149), subsistiendo la vigencia del resto del contrato, en todo lo no afectado por la presente resolución.
- 2) Declaro la nulidad por abusivos de los apartados de gastos de notaría





y de honorarios del Registro de la Propiedad del préstamo hipotecario cancelado de fecha de 01 de marzo de 2004 (Carta de pago y cancelación de crédito total, número de protocolo 693), subsistiendo la vigencia del resto del contrato, en todo lo no afectado por la presente resolución.

- 3) Condeno a BBVA, S.A. a abonar a la actora la cantidad de SEISCIENTOS TRES EUROS CON CUARENTA Y DOS CENTIMOS (603,42 euros) así como a los intereses legales devengados desde el momento en el que se efectuó su pago, y los intereses del art. 576 de la LEC desde el dictado de esta sentencia.

No hago especial pronunciamiento en materia de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer RECURSO DE APELACIÓN ante este Juzgado, el cual no tendrá efectos suspensivos, dentro de los 20 días siguientes a su notificación, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación, los pronunciamientos que impugnan y el precepto/s que estiman infringido/s, el cual será resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona.

No se admitirá el recurso a trámite si quien lo pretende no acredita, al prepararlo, que ha consignado en la cuenta de depósitos de este Juzgado la cantidad de 50 euros.

Por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos principales con nº 651/2.017, y cuyo original se incluirá en el libro de sentencias de este Juzgado, lo acuerdo, mando y firmo, el Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 50 bis de Barcelona. Doy fe.

